

Affidabilità dell'offerta e limiti del sindacato del giudice

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 4-8-2017

1. Nelle gare pubbliche, il livello di approfondimento richiesto alla stazione appaltante in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta, rispetto alle singole voci di costo presentate, varia in funzione delle caratteristiche dell'offerta e della plausibilità delle giustificazioni già rese rispetto alle singole voci, venendo in considerazione un giudizio discrezionale in ordine alla complessiva affidabilità dell'offerta, su cui il giudice effettua un sindacato ab estrinseco; il giudizio, che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), ha, infatti, natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente.

Guida alla lettura

La discrezionalità che contraddistingue l'attività di verifica dell'anomalia di un'offerta posta in essere dalla stazione appaltante impedisce al giudice amministrativo di penetrare all'interno della decisione di merito, il suo sindacato dovendosi arrestare all'esterno, ai soli profili di macroscopica e manifesta illogicità.

Nel dettaglio, "il livello di approfondimento richiesto alla stazione appaltante in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta, rispetto alle singole voci di costo presentate, varia in funzione delle caratteristiche dell'offerta e della plausibilità delle giustificazioni già rese rispetto alle singole voci, venendo in considerazione un giudizio discrezionale in ordine alla complessiva affidabilità dell'offerta, su cui il giudice effettua un sindacato ab estrinseco".

La delimitazione territoriale del sindacato del giudice in materia di offerta anomala sembra aver ormai uniformato la giurisprudenza sull'assunto per cui **la valutazione delle giustificazioni presentate dall'impresa la cui offerta è sottoposta a giudizio di anomalia risulta connaturata dal potere tecnico discrezionale della stazione appaltante, insindacabile dal giudice amministrativo, se non in presenza di macroscopiche illogicità** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017 n. 1465).

Il potere valutativo che l'ordinamento assegna alla stazione appaltante, infatti, è preordinato

unicamente a verificare che il freddo dato numerico in cui si sintetizza l'intera offerta sia frutto solo della migliore strategia commerciale, non anche della cinica volontà di raggiungere il risultato dell'aggiudicazione della gara. Tale potere, tuttavia, si contraddistingue per una discrezionalità tecnica che non è impermeabile al sindacato del giudice amministrativo, se non nei limiti di specifici vizi.

In altri termini, la palese discrezionalità tecnica che connota l'agire pubblico nella specifica ed eventuale fase di valutazione dell'offerta risulta sindacabile dal giudice solo con riferimento alla logicità e alla ragionevolezza dell'esercizio del potere discrezionale, non anche con riguardo al merito della decisione.

Prendendo in prestito le parole della giurisprudenza, *“il giudice può sindacare le valutazioni compiute dalla Pubblica Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non al fine di valutare l'eventuale anomalia, bensì solo come verifica della sussistenza dei profili di completezza dell'istruttoria, nonché di ragionevolezza e logicità della valutazione effettuata dalla P.A.”* (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2016, n. 4755).

In buona sostanza il potere valutativo assegnato all'organo giudicante non può varcare la soglia della congruità dell'offerta, poiché così facendo produrrebbe una sostanziale e illegittima sostituzione del giudice al soggetto pubblico competente (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36).

La giurisprudenza ha poi cura di precisare che **l'attività di verifica della congruità di un'offerta deve necessariamente avere natura globale e sintetica, non potendo in alcun modo concentrarsi sulle singole voci componenti l'offerta** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2015, n. 1369).

Detta attività, inoltre, risulta sprovvista di statici punti di riferimento numerici, la fluidità del giudizio valutativo dovendosi adattare al singolo caso specifico: **l'anomalia di un'offerta non è ricavabile dal mero superamento di una soglia di sbarramento, al contrario dovendosi più correttamente parametrare ai singoli elementi che contraddistinguono la fattispecie oggetto di verifica, essendo infatti possibile che un utile apparentemente modesto possa produrre un vantaggio importante** (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 47 del 2017, proposto da:
Bosch Energy And Building Solutions Italy s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti, Marco Dugato, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Vinti in Roma, via Emilia 88;

contro

Comune di Modena, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Villani, Stefano Maini, Francesca Giuffrè, con domicilio eletto presso lo studio Francesca Giuffrè in Roma, via dei Gracchi N. 39;

Sinergie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE II n. 00933/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Modena e di Sinergie s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Angelo Buongiorno su delega dell'avvocato Stefano Vinti, Andrea Manzi in dichiarata delega dell'avvocato Luigi Manzi, Vincenzo Villani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto da Bosch Energy and Building Solutions Italy s.r.l. (di seguito anche solo Bosch) per ottenere la riforma della sentenza, di estremi indicati in epigrafe, che in primo grado ha respinto il ricorso diretto all'annullamento (oltre agli atti presupposti e connessi) della determinazione del Comune di Modena prot. n. 70038 del 9 maggio 2016 avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto "servizio energia degli edifici comunali – CIG 6224947CC2" alla società Sinergie s.p.a.

2. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello il Comune di Modena e la società Sinergie s.p.a.

3. Alla pubblica udienza del 27 giugno 2017, la causa è stata trattenuta per la decisione.

4. L'appello non merita accoglimento.

5. I motivi articolati da Bosch possono essere così sintetizzati:

I) Sinergie avrebbe dovuto essere esclusa in quanto nell'offerta economica relativa alla c.d. componente non energetica ha sottoposto a ribasso anche gli oneri di sicurezza, violando il principio (ribadito anche nella *lex specialis*) secondo cui gli oneri di sicurezza sono intangibili;

II) L'offerta di Sinergie sarebbe, inoltre, anomala: sotto tale profilo viene impugnato quindi il giudizio di non anomalia che ha concluso la verifica cui l'offerta è stata sottoposta;

III) Nell'attribuzione dei punteggi, l'offerta economica di Sinergie, pur non prevedendo la tariffa più bassa, ha avuto irragionevolmente il maggiore punteggio.

6. I motivi di appello sono infondati alla luce delle seguenti considerazioni.

7. In ordine al primo motivo, il Collegio ritiene che non vi sia stato in sede di offerta economica alcun ribasso sugli oneri di sicurezza: come già ritenuto dal T.a.r., si è trattato soltanto di un rifiuto, di un errore materiale o di calcolo, contenuto, peraltro, non nell'offerta economica, ma solo nel documento prodotto per giustificare la congruità dell'offerta medesima.

In tale documento, con esclusivo riferimento all'elemento dell'offerta economica denominato "onere della componente non energetica del servizio energia", l'aggiudicataria Sinergie ha inserito un addendo (pari ad € 13.340,00), che, effettivamente, corrisponde al risultato che si ottiene applicando il ribasso offerto pari al 99% all'intera base d'asta, comprensiva degli oneri di sicurezza.

Si tratta, tuttavia, di un mero rifiuto, dovuto al fatto che Sinergie ha calcolato il prezzo non già sull'importo a base d'asta al netto degli oneri di sicurezza, ma sull'importo lordo comprensivo dei predetti oneri. Ha, quindi, erroneamente ritenuto che la base d'asta non includesse gli oneri di sicurezza, e che, dunque, questi ultimi si dovessero aggiungere.

L'errore, tuttavia, risulta solo formale e di calcolo, e non attiene, peraltro, al contenuto dell'offerta economica (ma di un documento aggiuntivo di natura meramente esplicativa).

Il rifiuto, peraltro, ha avuto una incidenza concretamente insignificante: basti pensare che Sinergie ha offerto un ribasso del 99% e gli oneri di sicurezza ammontano a € 75.000: l'impatto finale dell'errore è stato pari, quindi, a soli € 750.

8. Anche il motivo diretto a contestare l'esito della verifica di anomalia non ha pregio.

Il giudizio di non anomalia risulta attendibile (risulta che Sinergie consegue un utile pari al 7,20% dell'importo contrattuale) ed è, comunque, espressione di ampia discrezionalità sindacabile in sede giurisdizionale solo *ab extrinseco*, per profili di manifesta illogicità o per la presenza di manifesti errori di fatto.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in numerose occasioni ha evidenziato che nelle gare pubbliche, il livello di approfondimento richiesto alla stazione appaltante in sede di valutazione della non anomalia dell'offerta, rispetto alle singole voci di costo presentate, varia in funzione delle caratteristiche dell'offerta e della plausibilità delle giustificazioni già rese rispetto alle singole voci, venendo in considerazione un giudizio discrezionale in ordine alla complessiva affidabilità dell'offerta, su cui il giudice effettua un sindacato *ab estrinseco*; il giudizio, che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), ha, infatti, natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (in questi termini cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2319).

9. Infondato è anche il motivo diretto a contestare i punteggi attribuiti all'offerta economica.

In relazione a tale censura è sufficiente osservare, per un verso, che le clausole del bando e del disciplinare che prevedevano tali criteri di attribuzione del punteggio (e le relative formule matematiche) non sono state impugnate (la circostanza non è contestata) e, per altro verso, che l'applicazione che la commissione ne ha fatto risulta immune da vizi propri (essendo peraltro l'attribuzione dei punteggi il risultato di una funzione matematica e, dunque, di un'attività che non lasciava alla commissione alcun tipo di discrezionalità valutativa).

Va in ogni caso aggiunto che l'irragionevolezza lamentata dall'appellante (il punteggio economico più elevato per l'offerta economica che non corrisponde alla tariffa più conveniente per l'Amministrazione) non tiene conto del fatto che la *lex specialis*, nell'attribuzione del punteggio all'offerta economica, prevedeva punteggi distinti per due diversi elementi: la c.d. componente energetica (premiata con un punteggio massimo di dieci punti) e la c.d. componente non energetica (cui il bando riservava fino a dodici punti).

La previsione di punteggi separati in relazione alle diverse componenti (scelta non irragionevole e comunque prevista in una clausola del bando non impugnata) spiega la ragione per la quale al punteggio più elevato non corrisponde la tariffa economicamente più bassa.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va, quindi, respinto.

11. La complessità e la controvertibilità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.